

V

PRECARIEDAD EN EL EMPLEO COMO CAUSA DE LA DESLABORALIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Javier FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ
Universidad de León

SUMARIO

- I. LA FLEXIBILIDAD E INDETERMINACIÓN DE LAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO.
 - II. LA NATURALEZA REAL DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.
 - III. LA DISTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE SUS FIGURAS AFINES.
 - 1. Contrato de sociedad.
 - 2. Contrato de aparcería.
 - 3. Contrato de mandato.
 - 4. Contrato de agencia.
 - 5. Contrato de ejecución de obra.
 - 6. Contrato de arrendamiento de servicios.
 - IV. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO A LAS NUEVAS REALIDADES.
-

I. LA FLEXIBILIDAD E INDETERMINACIÓN DE LAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia como categorías jurídicas se han construido al servicio de los propios fines de la regulación legal, que no serán otros que los de acotar la noción jurídica de relación laboral, delimitadora del ámbito

de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y, en general, del propio Derecho del Trabajo ⁽¹⁾.

Ahora bien, la flexibilidad, indeterminación y generalidad operativa de dichas notas características han suscitado muchos y variados problemas sobre su verdadera significación, circunstancia que ha hecho necesario identificar su sentido último, no en vano su concurrencia determinará la existencia —o no— de un vínculo laboral con independencia de la verdadera voluntad de las partes ⁽²⁾. En esta pretensión no cabe conceder primacía a ninguno de los elementos citados, siendo todos ellos necesarios para aislar el contrato de trabajo de sus figuras afines y, así, evitar las «zonas grises» de la disciplina al realizar un análisis conjunto, sin subordinaciones, de aquéllas. De primar alguna de las notas, «convirtiéndola en definitiva y definitiva, y las otras en mera consecuencia, surgirá el riesgo de que el contrato atraiga realidades extrañas o desconozca realidades propias» ⁽³⁾.

Junto a esta indeterminación resulta menester apuntar, como efecto perturbador adicional, la tendencia expansiva —o regresiva— de la rama social del Derecho, circunstancia que significará cómo la determinación exacta del ámbito de la legislación laboral y el Derecho del Trabajo no puede quedar limitada únicamente a la comprobación de tales presupuestos, dado que el legislador puede, en un momento determinado y por distintas razones, alterar esa configuración, incluyendo o excluyendo constitutivamente de su zona de aplicación determinadas prestaciones de servicios ⁽⁴⁾.

La configuración de la relación jurídica-laboral debe, por tanto, ser realizada a partir de las notas o presupuestos delimitadores tipificados en cada momento histórico por la legislación positiva, obligando su indeterminación y generalidad a una tarea de concreción continua llevada a cabo por la doctrina y, especialmente, por jueces y tribunales, que de manera singular han procedido a una reinterpretación flexibilizadora de algunos de los requisitos, como la dependencia, lo que ha venido a propiciar la mencionada extensión de las fronteras del contrato de trabajo y, por ende, del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo.

Al margen de las notas de voluntariedad, retribución y ajenidad, con sus características particulares, el modelo de trabajo subordinado (que ha permitido la dirección de la actividad laboral del trabajador y la inclusión en el ámbito de la organización

(1) MONEREO PÉREZ, J.L.: «De la relación individual de trabajo. Artículo 1. Ámbito de aplicación», en AA. VV. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 2001, p. 2.

(2) GALIANA MORENO, J.M.ª: «El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial», en AA. VV.: *Cuestiones de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1990, p. 451.

(3) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Proyecto Docente*, León, 2001, p. 53.

(4) DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Introducción a la Economía del Trabajo*, vol. I, Madrid, 1980, p. 497; o BLASCO PELLICER, A.: *La exclusión del ámbito laboral de los consejeros o administradores societarios*, Valencia, 1995, pp. 18 y ss.

laboral del empresario) y el ejercicio de facultades disciplinarias, han sido tradicionalmente uno de los rasgos más significativos de la relación laboral ⁽⁵⁾.

La dependencia debe ser examinada «partiendo del objeto de la relación contractual entre trabajador y empleador. El trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés de aquél. Desde esta puesta a disposición deriva la disponibilidad por el empleador de la fuerza de trabajo del trabajador; el dominio, por tanto, sobre la persona de una relación de trabajo. Tal dato viene a caracterizar la situación peculiar del trabajador, su subordinación al poder de mando del empleador dentro de la zona propia de la prestación de trabajo y del orden de la empresa. El no disponer, el carecer de iniciativa sobre el empleo de su propia fuerza de trabajo, sino el existir una disposición ajena sobre la misma, es la nota fundamental del trabajo dependiente» ⁽⁶⁾.

En todo caso, la noción de dependencia resulta ciertamente elástica, circunstancia que ha servido como un soporte conceptual a la ya mencionada tendencia expansiva del Derecho del Trabajo, pues dota a su ámbito de aplicación de una gran permeabilidad a las nuevas necesidades sociales ⁽⁷⁾. Así, se ha llegado a una concepción «distorsionada», incluso «debilitada» de la misma tanto judicial como dogmáticamente ⁽⁸⁾.

Los perfiles identificativos tradicionales de la dependencia se han visto diluidos en virtud de distintas y variadas circunstancias (incorporación de nuevas tecnologías, emergencia de nuevas formas de trabajo y la flexibilidad en su ordenación...), apareciendo en ocasiones como una subordinación estricta en todos los sentidos, tiempo, lugar y modo de la prestación ⁽⁹⁾ y, en otras, como una adaptación de la prestación laboral a objetivos, condicionamientos y programas de la organización productiva en la cual aparece encuadrada ⁽¹⁰⁾.

Con todo, dicha flexibilización y desnaturalización de la nota de la dependencia no es resultado del azar o la arbitrariedad. Por contra, constituye «un proceso delibe-

(5) Entre otros, MONTOYA MELGAR, A.: «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», cit., p. 710; o AA. VV. (Cruz Villalón, J., dir.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Madrid, 1999, p. 58.

(6) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 71, 1966, pp. 158-159.

(7) SANGUINETI RAYMOND, W.: «La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?», *TL*, núm. 40, 1996, p. 53.

(8) Sirva como ejemplo de ello, STS 22 de octubre de 1983 (Ar. 5135).

(9) Eso sí, nunca en el sentido de una «sumisión absoluta», habida cuenta «la restricción de las potestades del empleador de trabajadores es lo que le diferencia del señor de esclavos», ALONSO OLEA, M.: *Alienación. Historia de una palabra*, Madrid, 1974, p. 75.

(10) MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2003, pp. 44 y ss.

rado que ha perseguido y permitido, no obstante, la permanencia del concepto como requisito definidor del Derecho del Trabajo»⁽¹¹⁾. Continúa siendo uno de los presupuestos fundamentales del vínculo de trabajo a pesar de presentarse hoy día de forma más matizada o atenuada en cuanto a la circunstancia del sometimiento se refiere⁽¹²⁾, habida cuenta sigue significando y delimitando el sometimiento del trabajador a los poderes empresariales, pues viene dada por «la entrada del trabajador dentro del círculo rector y disciplinario del empresario»⁽¹³⁾. Eso sí, no bastará por sí sola para definir una relación laboral, debiendo ser tomada en consideración junto a los restantes presupuestos sustantivos del contrato aquí reseñados.

Con las nuevas formas de trabajo un buen número de trabajadores, que sin duda irá aumentando progresivamente, no cumplen ya «horario ni jornada determinada, cuentan con local, oficina o despacho propios, se valen y pagan a colaboradores, actúan indistinta y simultánea o sucesivamente, en exclusiva para el empleador o bajo pluriempleo, sometidos a los más variados regímenes fiscales, aportando por lo demás medios materiales de su propiedad, siendo retribuidos de las más diversas formas imaginables, sin el apoyo de los representantes legales para la defensa de sus intereses y derechos, etcétera». Será imprescindible, además, «habitarse a que la laboralidad de las relaciones jurídicas de actividad se desprenda de los indicios, tradicionales pero conformados ahora por los nuevos supuestos de producción —aisladamente o combinados para su valoración conjunta— y, particularmente, por las transformaciones que traigan causa en la paninformatización que cualquier población mundial va a disfrutar y sufrir inescindiblemente a partir de ahora»⁽¹⁴⁾.

Esta amplitud e indeterminación propias de las notas que definen el contrato de trabajo hacen necesaria una tarea doctrinal y judicial de concreción continua, no en vano han sido precisamente los Tribunales⁽¹⁵⁾ quienes, a través de una interpretación flexible del requisito de dependencia, han propiciado una expansión de las fronteras del contrato laboral y, al tiempo, del propio Derecho del Trabajo.

Ha sido destacado cómo estos rasgos de la relación laboral aparecen teóricamente tasados en la ley y han sido precisados por la doctrina y la jurisprudencia, de

(11) MONTOYA MELGAR, A.: «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», cit., p. 714.

(12) MONEREO PÉREZ, J.L.: «La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 96, 1999, p. 504.

(13) Entre muchas, y por todas, STS 24 de febrero de 1990 (*Ar.* 1991).

(14) DE LA VILLA GIL, L.E.: «El concepto de trabajador (en torno al artículo 1.1)», *REDT*, núm. 100, vol. I, 2000, p. 50.

(15) «El Derecho del Trabajo se desarrolla más mediante juicios que por medio de convenios colectivos o de leyes», GIUGNI, G.: «Il Diritto del Lavoro negli anni 80», en GIUGNI, G.: *Lavoro, legge, contratti*, Bolonia, 1989, p. 301.

manera que cualquier intento de expansión del ordenamiento laboral deberá pasar por su supresión o por acabar no exigiéndolos con el rigor tradicional; en ambos casos será necesario replantear el elemento material de la disciplina dirigido a su análisis como un Derecho profesional de todas las relaciones de trabajo en sentido amplio ⁽¹⁶⁾.

Sus notas típicas determinan la posibilidad de distinguir el contrato de trabajo de cualesquiera otras formas de contratación privada de servicios, pues aquél constituye «el producto de la libre voluntad de las partes, que intercambian bienes mercantilmente iguales en las condiciones que determina el libre juego del mercado» ⁽¹⁷⁾. Una vez constatado, así, que estos caracteres definitorios son «lo que acaece en el contrato de trabajo y que no se produce en otro tipo de negocios jurídicos, para después, realizando un razonamiento abstracto, lograr establecer la naturaleza autónoma que sirva de índice de solución para calificar las situaciones fronterizas» ⁽¹⁸⁾.

No todas las relaciones cuyo objeto sea el desempeño de la prestación de trabajo poseen naturaleza laboral, habida cuenta los vínculos profesionales han sido canalizados mediante diferentes instituciones, receptoras en su totalidad «de un hecho social básico y de una misma faceta de la realidad: desempeñar uno o varios cometidos por cuenta de otra persona» ⁽¹⁹⁾. Así, tiene lugar, a través de estas figuras fronterizas al contrato laboral, una coexistencia de instituciones destinadas a proporcionar cobertura a una prestación de trabajo en régimen de alteridad, pues tal paralelismo y convivencia jurídica con «una serie de contratos vecinos de perfiles difusos e inconcretos a nivel causal» origina, en realidad, «zonas de calificación jurídica dudosa» ⁽²⁰⁾.

Parece relativamente fácil, desde un punto de vista teórico, la tarea de deslinde y «cierre de fronteras» evidenciando las divergencias entre todas las formas de trabajo afines o similares y la relación laboral propiamente dicha. Desde el momento en el cual no se está ante un contrato de trabajo con todas sus características conformado-

(16) BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 8.ª ed., Madrid 1969-1970, p. 23.

(17) DURÁN LÓPEZ, F.: «El futuro del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 78, 1996, p. 602.

(18) GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Valladolid, 1996, pp. 9 y ss.

(19) De esta forma, «trabajar por cuenta de otra persona ha sido un hecho cuya traducción jurídica se ha canalizado mediante instituciones y mecanismos diferenciados», ALEMÁN PAEZ, F. y CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*, Madrid, 1997, pp. XVII y 4.

(20) SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: «Contrato de trabajo», en AA. VV. (Borrajo Dacruz, E., dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, Madrid, 1990, p. 16.

ras no será, por tanto, aplicable la normativa laboral ⁽²¹⁾, debiendo acudir el intérprete a preceptos civiles o mercantiles.

En el plano práctico, sin embargo, surgen diversas cuestiones y problemas que la simple delimitación teórica entre el contrato de trabajo y sus figuras afines no logra resolver. De la misma manera que la *vis atractiva* del Derecho del Trabajo ⁽²²⁾ ha permitido atraer ⁽²³⁾ hacia sí relaciones fronterizas —engrosando su campo de aplicación a costa de la laboralización de las llamadas «zonas grises» ⁽²⁴⁾, en paralela evolución con la configuración del ordenamiento social como disciplina

(21) Aplicable a la normativa social, sirva como ejemplo la figura de las cooperativas, asociación de personas físicas constituida en persona jurídica destinada a intervenir en el mercado de bienes y servicios, que recibe la prestación de trabajo tanto de sujetos ajenos al ente, sobre quienes actúa como verdadero empresario laboral —no son sino puros y simples trabajadores dependiente y por cuenta ajena, debiendo de serles aplicada en bloque la legislación laboral (MONTROYA MELGAR, A.: «Sobre el socio-trabajador de las cooperativas de trabajo asociado», en AA. VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980, pp. 141 o ALONSO SOTO, F.: «Las relaciones laborales en las cooperativas en España», *REDT*, núm. 20, 1984, p. 532)—, como de los asociados, planteando así las consiguientes dudas sobre la naturaleza de dicha prestación, SANTIAGO REDONDO, K.M.: *Socio de cooperativa y relación laboral*, Madrid, 1998, pp. 31 y ss.

La propia Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, afirma —artículos 80.1 y 95.2— el carácter no laboral de los socios-trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado y de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra; sin perjuicio de reconocer, a un tiempo, el fuerte paralelismo existente en la regulación de cooperativas entre el socio-trabajador y el trabajador por cuenta ajena, al disfrutar aquél de una posición social y económicamente comparable (ORTIZ LALLANA, M.^ª C.: *La prestación laboral de los socios de las cooperativas de trabajo asociado*, Barcelona, 1989, pp. 51 y ss.), lo que supone claramente la imposibilidad de prescindir por completo de institutos propios del Derecho del Trabajo a causa de las analogías existentes entre ambas relaciones, en particular en lo que hace a período de prueba, jornada, suspensión y excedencias y régimen disciplinario.

(22) Lo que se calificaría como *in dubio pro Iure Laborale*, fundado en «la sospecha general de fraude ante cualquier prestación de actividad de cierta continuidad no instrumentada a través del cauce del contrato de trabajo», MONTROYA MELGAR, A.: «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», en AA. VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid, 1999, p. 65.

(23) «Existe coincidencia unánime en señalar que uno de los presupuestos históricos o de las constantes a que obedece la evolución del Derecho del Trabajo radica en la continua progresión de su ámbito subjetivo» (SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre el concepto del Derecho del trabajo», *REDT*, núm. 26, 1986, p. 181), pues «ha sido la tradicional tendencia expansiva de su ámbito subjetivo, capaz de aglutinar a un colectivo cada vez más variado y numeroso de trabajadores», FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.^ª R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras» de la relación laboral*, Madrid, 1997, p. 54.

(24) OJEDA AVILÉS, A.: «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 3, 1988, p. 12. Refiriéndose a ellas como «prestaciones de trabajo cuya naturaleza resulta especialmente difícil de calificar como laboral o extralaboral», STCo 227/1998, de 26 de noviembre.

autónoma⁽²⁵⁾—, con posterioridad la progresiva «huida del Derecho del Trabajo»⁽²⁶⁾ ha traído consigo un doble frente para el incremento del trabajo autónomo y una revitalización del arrendamiento de servicios⁽²⁷⁾. Esta circunstancia se ha traducido, entre diversas cuestiones, en el enmascaramiento de relaciones laborales bajo otro tipo de contratos —civiles o mercantiles—, con el correspondiente peligro de regreso a situaciones «en las que la lógica del beneficio empresarial constituía la única ley de disciplina de las relaciones laborales»⁽²⁸⁾; evolución contraria al carácter «progresista» de una normativa social en constante búsqueda de la «mejora de las condiciones de trabajo y empleo»⁽²⁹⁾. La calificación del contrato laboral es un «cerrojo» que no puede ser abierto «sin correr el riesgo de precipitar fuera de toda protección a miles de trabajadores»⁽³⁰⁾.

Así pues, si hasta no hace mucho tiempo «las modificaciones en la estructura productiva tenían como efecto la laboralización de las zonas anexas al Derecho del Trabajo»⁽³¹⁾, ahora, y sin perjuicio de posibles reflujos y contradicciones, lo que se aprecia es la contracción o reducción de la relación laboral típica»⁽³²⁾.

(25) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 71, 1966, pp. 162 y ss.

(26) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La huida del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 12 1992, p. 7, o BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, 1991, pp. 63 y ss.

La expresión huida del Derecho del Trabajo «viene a significar la utilización preferente de figuras contractuales no laborales para definir determinadas prestaciones de servicio, y correlativamente el éxodo hacia formas jurídicas típicamente civiles o mercantiles, en supuestos de descentralización productiva y contratación externa de servicios profesionales, que se amplía también a la prestación de determinados trabajos atípicos», BAYLOS GRAU, A.: «La “huida” del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaborización», en AA. VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y MIRÓN HERNÁNDEZ, M.ª M., coords.): *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (Aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Madrid, 2000, p. 35.

(27) MARTÍN VALVERDE, A.: «El discreto retorno al arrendamiento de servicios», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1990, pp. 207 y ss. Retorno que algunos autores han calificado no ya como discreto, «sino clamoroso» (LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Valencia, 1999, p. 35) o «nada discreto», FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras»...*, cit., p. 54.

(28) GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 21, 1987, pp. 27 y ss.

(29) MARTÍN VALVERDE, A.: «Lectura y relectura de la “Introducción al Derecho del Trabajo” del profesor Alonso Olea», *REDT*, núm. 77, 1996, p. 408.

(30) SUPLOT, A.: «¿Por qué un Derecho del Trabajo?», *DL*, núm. 39, 1993, p. 27, quien destaca la importancia fundamental de la jurisprudencia a la hora de calificar una relación como laboral, y no sujeta a otras ramas del conocimiento jurídico, en virtud de la necesaria protección para el trabajador a aquella sujeto.

(31) Uno de los rasgos específicos del Derecho del Trabajo es su «porosidad a los otros campos del saber», SUPLOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1996, p. 226.

(32) DUEÑAS HERRERO, L.J.: «¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?», *RL*, núm. 2, 1998, p. 25.

La realidad ha impuesto la proliferación de otras formas de empleo ⁽³³⁾, normalmente articuladas —y cada vez en mayor medida— bajo fórmulas estrictamente privadas y desprovistas de aquellas garantías de las cuales disfruta el contrato de trabajo ⁽³⁴⁾; apuntando, en consecuencia, hacia situaciones ciertamente precarias. Estas manifestaciones de esfuerzo productivo atípico disfrutaban en la actualidad de un fuerte impulso ⁽³⁵⁾, a costa del propio vínculo de trabajo, ya sea de forma lícita, ya por medio del recurso a una simulación con objeto de ocultar la verdadera relación de naturaleza laboral.

No cabe olvidar tampoco la trascendencia del trabajo «clandestino» ⁽³⁶⁾, desarrollado en empresas situadas al margen de la ley que eluden, entre otras, las responsabilidades fiscales, laborales y de Seguridad Social ⁽³⁷⁾, comportando la pérdida o una marcada restricción de las garantías del trabajador y compitiendo deslealmente con las unidades productivas que actúan dentro del marco legal ⁽³⁸⁾.

Aun cuando la dependencia continúa siendo un elemento esencial para definir el contrato de trabajo ⁽³⁹⁾, cabe apreciar una relativa difuminación de sus notas defini-

(33) Algún autor destaca la crisis de la hegemonía cultural de la industria, señalando, en clara alusión a estos cambios, que «el mercado de trabajo se tiñe de los colores del arco iris: el azul de los monos de los obreros se difumina en el celeste claro, el blanco de los cuellos duros está tan blanco que más no se puede y el rosa ha adquirido una intensidad jamás vista», ROMAGNOLI, U.: *El Derecho, el trabajo y la Historia*, Madrid, 1997, p. 169.

(34) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Contratación temporal y nuevas formas de empleo», *RL*, 1989, tomo I, pp. 49 y ss. La paradoja es evidente e histórica, a la par que actual: una mayor desprotección de aquellos más necesitados (DURÁN LÓPEZ, F.: «El futuro del Derecho...», cit., p. 608), habida cuenta la calificación de un sujeto como trabajador trae consigo la aplicación del ordenamiento laboral y las garantías en él previstas, poniendo en evidencia la total inseguridad bajo la que deben desarrollar los autónomos su actividad (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Economía sumergida y empleo irregular», *RL*, núm. 6, 1985, p. 1006), amenazando su protección social «por los fenómenos de mercantilización y desregulación, con el consiguiente riesgo de dejar desprotegido a un colectivo no desdeñable de personas integrantes del mundo del trabajo», ROJO TORRECILLA, E.: «Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 18, 1997, p. 23.

(35) En la evolución del Derecho del Trabajo español «destaca el crecimiento del trabajo atípico en sus distintas modalidades, caracterizado por su temporalidad, precariedad y subprotección en detrimento y sustitución de la contratación estable», CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «La reforma del Derecho del Trabajo. Diez años de legislación laboral: 1985-1995», *RL*, 1996, tomo I, p. 176.

(36) ROMERO, J.P.: «Le travail clandestin: analyse et leçons d'une expérience», *DS*, núm. 12, 1990, pp. 847 y ss.

(37) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.; y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras»...*, cit., p. 56.

(38) GOÑI SEIN, J.L.: «Flexibilidad y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo», en AA. VV. (Rivero Lamas, J., coord.): *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993, p. 72.

(39) «La dependencia —entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa—, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato», SSTS 14 de febrero de 1994 (*Ar.* 1035), 10 de abril y 20 de septiembre de 1995 (*Ar.* 3040 y 6784), 22 de abril de 1996 (*Ar.* 3334) o 20 de octubre de 1998 (*Ar.* 9296), entre otras.

doras como la subordinación, la ajenidad o el carácter voluntario y retribuido de la prestación⁽⁴⁰⁾. Dato éste que, si unido a la variedad de situaciones a configurar bajo la nota de referencia y a que «el trabajo dependiente no sea hoy un supuesto monolítico»⁽⁴¹⁾, da lugar a factores que originan una cierta indeterminación de los límites o fronteras del campo de lo laboral. A resultas de tal circunstancia, la calificación de los contratos que incorporan una prestación de servicios supone una seria dificultad, habida cuenta dichas notas pueden ser comunes a las relaciones de empleo dependiente y a las autónomas, no en vano las transformaciones experimentadas por el ordenamiento social «corren en una doble dirección: por una parte, las notas propias del contrato de trabajo pueden presentarse en contratos civiles o mercantiles, distintos del de trabajo, y, a su vez, y por otra parte, debilitarse en éste hasta casi desaparecer»⁽⁴²⁾.

La flexibilidad ha supuesto una diversificación de las formas laborales y un «intento de disolución del contrato de trabajo en esa relación de trabajo de perfiles borrosos»⁽⁴³⁾, en la cual pretenden incardinarse formas atípicas o las derivadas de nuevos sistemas productivos, donde resulta cada vez más frecuente la aparición del fenómeno de la exteriorización del esfuerzo como consecuencia del intento de extrapolar estas figuras del campo tradicional del Derecho del Trabajo⁽⁴⁴⁾, con el objeto de arrastrarlos hacia los dominios de las prestaciones de servicios independientes.

De esta forma, el ordenamiento social no ha podido disfrutar, como hubiera sido deseable, de una larga etapa «en paz de su madurez fatigosamente alcanzada»⁽⁴⁵⁾. Tanto el esfuerzo productivo para otro como su regulación jurídica siguen en los

(40) CASAS BAAMONDE, M.^ª E.: «Las transformaciones del trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo», *Revista Gallega de Empleo*, núm. 0, 2000, p. 35.

(41) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo», *RL*, núm. 18, 1996, p. 4.

(42) CASAS BAAMONDE, M.^ª E.: «Las transformaciones del trabajo y el futuro...», cit., p. 36.

(43) «Hasta el punto de que en la doctrina haya podido hablarse no sólo de parasubordinación, sino incluso, de pseudo contratos de trabajo y pseudo empresarios», GALIANA MORENO, J.M.: «Crisis del contrato de trabajo», *RDS*, núm. 2, 1998, pp. 64-65.

(44) El control «de las zonas grises y su normalización impone modular el proceso de asalarización, pero ello no supone la conversión de estos colectivos de trabajadores en sentido técnico jurídico, dada la elasticidad limitada de las notas caracterizadoras de la tipificación legal del contrato de trabajo» (ORTIZ LALLANA, M.^ª C.: «Líneas de tendencia y problemas fundamentales del sector jurídico laboral en las sociedades industriales: el caso español», *RT*, núm. 82, 1986, p. 103). La pretensión última es que «se beneficien de la tutela legal y colectiva que reconozca y respete los caracteres propios de este trabajo, tengan acceso a la jurisdicción de trabajo y puedan gozar de una protección efectiva de la Seguridad Social», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Economía sumergida y empleo...», cit., p. 1001.

(45) En tales términos se expresa ROMAGNOLI, U.: «Del Derecho “del” Trabajo al Derecho “para” el Trabajo», *RDS*, núm. 2, 1998, p. 12: «sobre el Derecho del Trabajo en Francia han escrito que “c’est Pénélope devenue juriste”; en España, se ha corrido la voz de que ha sido afectado por una forma de “envejecimiento precoz” y, en Italia, “suscita la embarazosa sensación que normalmente se experimenta mirando a un pez en una bañera de agua a la que le han abierto el tapón”».

diferentes países europeos ⁽⁴⁶⁾ un profundo y acelerado proceso de transformación ⁽⁴⁷⁾. En los últimos tiempos cabe detectar —incluso— una patente «crisis flexibilizadora o crisis de disgregación», siendo uno de sus rasgos principales la debilitación de la figura del contrato de trabajo hasta ahora considerado «normal o típico» como consecuencia del nacimiento de un buen número de relaciones de empleo diversas de carácter «atípico o marginal» ⁽⁴⁸⁾.

En paralelo a la variación de las condiciones de producción industrial y de las formas de organización productiva, han ido proliferando múltiples modelos atípicos de empleo; «razones económicas, de carácter social y aun estrictamente laborales, relacionadas con los cambios producidos en los últimos años en la estructura del mercado de trabajo, han fomentado estas formas de prestación a las que resulta excesivamente rígida y de difícil aplicación la normativa laboral común» ⁽⁴⁹⁾. Algún autor ha apuntado una «crisis de identidad» ⁽⁵⁰⁾ del Derecho del Trabajo a lo largo del siglo XX, siendo la propia disciplina, además, la que «continúa transmitiendo su aversión al trabajo atípico» ⁽⁵¹⁾.

Por otra parte, también en los últimos años ha tenido lugar una «crisis de autoridad de la norma heterónoma», tanto en su expresión legal como colectiva ⁽⁵²⁾, extendiéndose con fuerza «una visión recuperadora de la autonomía individual y del contrato como expresión máxima de ésta» ⁽⁵³⁾. La creciente inclinación hacia el retorno al contrato de trabajo presenta una evidente manifestación en el ámbito de las relaciones «entre autonomía individual y autonomía colectiva», de forma espe-

(46) Sobre las diferentes tendencias sociales de pensamiento en el Derecho del Trabajo en Europa, OJEDA AVILÉS, A.: «Corrientes y contracorrientes en el Derecho del Trabajo europeo. Reflexiones en torno a los *Libri Amicorum* finiseculares», *REDT*, núm. 101, 2000, pp. 165 y ss.

(47) «Negarlo sería tanto como negar el profundo cambio social producido por la apertura e internacionalización de los mercados, el incremento de la competitividad y el avance tecnológico, la superación del modelo fordista de producción, organizado sobre la producción en masa, y la aparición de nuevas formas de organización del trabajo», CASAS BAAMONDE, M.^ª E.: «Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas», *RL*, núm. 23, 1997, p. 1.

(48) GALIANA MORENO, J.M.: «Crisis del contrato de trabajo», *RDS*, núm. 2, 1998, p. 60.

(49) ORTIZ LALLANA, M.^ª C.: *La transformación del Derecho del Trabajo ante los nuevos retos sociales*, Logroño, 1999, pp. 25-26.

(50) Crisis de la cual no podrá escapar «si no vuelve a frecuentar una memoria histórica ampliamente localizada en aparatos institucionales y en una mentalidad colectiva que predisponían al trabajo subordinado al común de los mortales», ROMAGNOLI, U.: «Del Derecho “del” Trabajo al Derecho...», cit., p. 11.

(51) Y lo hace «en la medida en que consiente desregular la normativa-estándar únicamente para sortear los obstáculos sobrevenidos a la generalizada aplicabilidad de la disciplina del prototipo», ROMAGNOLI, U.: «Globalización y Derecho del Trabajo», *RDS*, núm. 5, 1999, p. 13.

(52) OJEDA AVILÉS, A.: «Autonomía colectiva y autonomía individual», *RL*, núm. monográfico (*Individualización de las relaciones laborales*), 1991, p. 35.

(53) BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo...*, cit., p. 67.

cial en la reacción contra la fijación uniforme de condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva, planteando conflictos entre contrato individual y convenio colectivo ⁽⁵⁴⁾.

II. LA NATURALEZA REAL DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Cada contrato tiene su propia naturaleza, independientemente de la denominación y proyección inadecuada que las partes atribuyan al que suscriban, y tal naturaleza procede deducirla tanto de su motivación inicial como de los actos de su sucesivo desarrollo y cumplimiento. Esta primacía de la esencia del pacto sobre la voluntad declarada por los contratantes significa que la naturaleza de un negocio cuyo objeto sea el trabajo no va a depender de la calificación proporcionada por las partes, sino de la derivada del análisis de los derechos y obligaciones que integran el contenido de la relación, tarea esencial a fin de evitar posibles situaciones de fraude orientadas a «eludir la concertación de un verdadero contrato de trabajo (o, por contra), para aparentar su existencia» ⁽⁵⁵⁾.

La utilización de fórmulas autónomas de trabajo por el empresario responde a una doble finalidad: reducir los costes laborales y obtener un mayor margen de libertad de decisión, habida cuenta «aun sin dependencia jurídica, las empresas poseen poderes contractuales hegemónicos, dentro de la regulación legal, pueden asegurar por su dependencia socioeconómica la suficiente sujeción del contratista autónomo a sus directrices» ⁽⁵⁶⁾. Así, el trabajo subordinado se halla en retroceso frente al llamado independiente, el empresario transforma a sus trabajadores en subcontratistas o arrendadores de servicios ⁽⁵⁷⁾.

El contrato de trabajo siempre resulta más caro y más oneroso que otros institutos y, en consecuencia, la empresa recurre a los arrendamientos de obra o de servicios, que no lo son tanto. Estos mecanismos «deslaborizadores» tratan de reducir drásticamente los costes derivados del trabajo ⁽⁵⁸⁾, desplazando las obligaciones contributivas al sistema de Seguridad Social, de las obligaciones tributarias al empleado y eliminando los desembolsos derivados de la extinción de la relación o del despido.

Ante tal realidad, la calificación de un contrato como laboral o no resulta más complicada e insegura, adquiriendo jueces y tribunales un papel de capital importan-

(54) Sobre esta cuestión, GALIANA MORENO, J.M.: «Crisis del contrato...», cit., pp. 62-64.

(55) GALIANA MORENO, J.M.³: «El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial», en AA. VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo...*, cit., p. 451.

(56) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.³ E.: «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 7/8, 2000, p. 5.

(57) Más aún, algún autor destaca cómo «el Derecho del Trabajo fundado sobre el trabajo subordinado ha perdido su identidad», pero la frontera entre el contrato de trabajo y estas figuras afines «es indefinida y las referencias movedizas», LYON-CAEN, G.: «¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?», en AA. VV.: *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al profesor Héctor Hugo Barbagelata*, Montevideo, 1997, p. 280.

(58) BAYLOS GRAU, A.: «La “huida” del Derecho del Trabajo: tendencias y límites...», cit., p. 40.

cia en el momento de establecer la naturaleza jurídica de un determinado vínculo ⁽⁵⁹⁾, habida cuenta el legislador interviene cuando detecta un exceso en el afán laborizador de la jurisprudencia ⁽⁶⁰⁾ y toma, en la actualidad, una posición más propicia a la flexibilización mediante formas de empleo y de trabajo autónomo que a favor de la tutela y la calificación laboral.

Sin embargo, cuando un contrato aparece simulado bajo otra forma para evitar la calificación laboral de la relación provoca la incertidumbre sobre cuál ha de ser su verdadera naturaleza ⁽⁶¹⁾. El Juez dispondrá, a la hora de realizar tal discernimiento, de ciertas pautas ⁽⁶²⁾: el concepto amplio de trabajador presente en el ordenamiento social en la actualidad, o la presunción establecida por el artículo 8.1 del ET en caso de concurrir las notas previstas en el artículo 1.1 del mismo cuerpo legal. Acreditados dichos caracteres ⁽⁶³⁾, sobre la empresa pesará «la carga de la prueba de la inexistencia de la relación jurídico-laboral» ⁽⁶⁴⁾. Por tanto, en estas situaciones cabrá presumir la realidad de un contrato de trabajo encubierto bajo la forma de otra institución jurídica.

(59) Sobre las tesis jurisprudenciales en relación a la presunción de laboralidad del contrato, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La presunción de existencia del contrato de trabajo», en AA. VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, cit., pp. 809-815.

(60) Así como «en la fase de expansión del contrato de trabajo el legislador consolidaba lo que iba creando, a veces como resultado de la presión de los grupos profesionales en favor de la laboralidad de nuevas profesiones y oficios, de la misma manera factores sociopolíticos, en este caso legislativos, son ahora proclives a la deslaboralización», LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Valencia, 1999, p. 38.

(61) La línea que separa el contrato de trabajo y otros civiles y mercantiles «es muchas veces borrosa e imprecisa, y el *nomen iuris* que las partes atribuyen a los pactos que (...) conciertan sólo tiene definitiva consistencia para precisar su naturaleza jurídica si las prestaciones mutuas que en su desarrollo se consuman pueden encuadrarse debidamente entre las que son inherentes a dicha naturaleza contractual», STS 2 de febrero de 1985 (Ar. 585).

(62) La existencia de un contrato de trabajo «debe deducirse de actos y circunstancias que inequívocamente acrediten la voluntad de las partes de vincularse de esta forma para constituir una relación laboral, sin que pueda reconocerse tal efecto a meros indicios no concluyentes, ni tampoco acreditativos de una específica intención de contratar», STSJ Cataluña 12 de septiembre de 1994 (Ar. 3490).

(63) El trabajador «tiene que probar la presencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo para que se dé por existente, de manera que (...) para que actúe la presunción del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores se requiere que la prestación de servicios se realice concurriendo las notas que identifican la relación laboral», STSJ Navarra 28 de abril de 2000 (Ar. 1861).

La jurisprudencia aplica la presunción, por tanto, como una réplica del artículo 1.1 del ET, SSTSJ Cataluña 7 de septiembre de 1998 (Ar. 2943) o Navarra 28 de marzo de 2000 (Ar. 812). Ahora bien, una vez probados tales elementos, la presunción de laboralidad del vínculo despliega sus efectos; «quien disienta de la misma (...) (deberá) acreditar los hechos que puedan desvirtuarla», STSJ Valencia 13 de enero de 2000 (Ar. 2283).

(64) STSJ Cataluña 14 de febrero de 1992 (Ar. 283).

III. LA DISTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE SUS FIGURAS AFINES

La similitud entre el contrato de trabajo y los institutos jurídicos cuyos perfiles se deslizan junto a los de éste lleva, en numerosas ocasiones, a la difuminación de los límites entre el primero y estas figuras no consideradas como contrato —pero con evidente identidad estructural, a pesar de lo cual no deben ser confundidas— y a su frecuente utilización con objeto de ocultar la existencia de un verdadero vínculo laboral, de forma tal que el deslinde de uno y otras resultará determinante a la hora de calificar jurídicamente la relación establecida. Tomando en consideración, por tanto, la coexistencia de aquél —auténtico «Derecho de frontera»⁽⁶⁵⁾— con otros tipos, su análisis debe conducir, necesariamente, a establecer sus diferencias. Así, someramente, en referencia a los institutos fronterizos más utilizados, cabe efectuar la siguiente descripción.

1. CONTRATO DE SOCIEDAD

Su naturaleza es asociativa, frente a la cambiaria propia del de trabajo. La igualdad entre los socios resulta incompatible con la dependencia y la ajenidad⁽⁶⁶⁾ y no será posible, por otra parte, confundir a quien «aporta su trabajo a una sociedad» —en referencia al socio industrial, cuya participación consiste en trabajo o industria— con aquel que «presta sus trabajos en virtud de un contrato de servicios o de trabajo». Uno lo hace en virtud de su título de socio, y el otro por uno bien distinto: «aquél es socio y trabajador, que es trabajador no en el sentido de Derecho del Trabajo», siendo el segundo «trabajador en este sentido»⁽⁶⁷⁾.

La figura más proclive a la confusión sería la de socio industrial, cuya única aportación consiste en trabajo o industria, al ofrecer mayores semejanzas con el trabajador. Sin embargo, la posibilidad de confundir estas figuras queda cerrada desde el momento en que el segundo está a cubierto de los riesgos de la empresa, mientras el socio trabajador participa tanto de beneficios como de responsabilidad proporcional en las pérdidas⁽⁶⁸⁾. Aun cuando su prestación laboral pueda ser entendida como subordinada a los poderes empresariales, se trata sólo de una subordinación técnica, en modo alguno equiparable a la dependencia jurídica típica surgida de un contrato de trabajo⁽⁶⁹⁾.

(65) ROMAGNOLI, U.: «Tecnocrazia e Diritto del Lavoro», *Politica del Diritto*, núm. 1, 1970, p. 89.

(66) CABRERA BAZÁN, J.: «Contrato de trabajo y contrato de sociedad», *RPS*, núm. 54, 1962, pp. 79 y ss.

(67) MARTÍN BLANCO, J.: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1957, p. 89.

(68) LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo (Contribución al estudio del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo)*, Madrid, 1994, 165.

(69) SALA FRANCO, T.: «Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo», *CCDT*, núm. 0, 1974, pp. 74-75.

Cada uno de estos contratos cumple, en definitiva, su propia función económica, las situaciones jurídicas por ellos generadas son diversas, al igual que su estructura y fines característicos ⁽⁷⁰⁾, de forma tal que, ante tan evidentes diferencias —y consiguiente exclusión de la relación laboral—, la aplicación del ordenamiento de trabajo al contrato de sociedad no será, en principio, posible ⁽⁷¹⁾. Sin embargo, en caso de poder demostrar que este negocio surgió al tráfico jurídico con la intención de esquivar la calificación laboral del vínculo real —y efectivamente desempeñado por el trabajador por cuenta ajena—, el Derecho del Trabajo se aplicará en toda su extensión a cualquier vicisitud surgida durante su desarrollo, declarando —inevitablemente— nula la forma aparente bajo la cual aquél fue ocultado.

2. CONTRATO DE APARCERÍA

La regulación contenida en la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980, esclareció la distinción —siempre compleja en la práctica— entre el aparcerero civil y el trabajador agrícola ⁽⁷²⁾ remunerado a la parte.

Sin embargo, la Ley contempla también ciertas figuras situadas a medio camino entre la aparcería civil y el contrato de trabajo, dato que ha llevado, en bastantes ocasiones, a mantener la existencia de «encubrimiento de un genuino contrato de trabajo» ⁽⁷³⁾, en tanto en cuanto —por pacto expreso incluido en algunos contratos— les es aplicable a los aparcereros, junto con la legislación arrendaticia, la de trabajo y de Seguridad Social —artículo 102.2—, pudiendo hablarse de una «laboralización pactada» ⁽⁷⁴⁾.

Este carácter aparentemente laboral ⁽⁷⁵⁾ ha llevado a caracterizar a menudo la aparcería como una relación especial ⁽⁷⁶⁾, afirmación con numerosos argumentos en contra, aun cuando el entrecruzamiento entre la legislación social de aplicación cuando el aparcerero aporta sólo su trabajo y las normas encargadas de diseñar el

(70) VERGEZ SÁNCHEZ, M.: *El socio industrial*, Madrid, 1972, pp. 111 y ss.

(71) A este respecto, sirva como ejemplo la STCT 19 de enero de 1989 (Ar. 396), negando la naturaleza laboral de un vínculo societario y, en consecuencia, la falta de jurisdicción del orden social.

(72) Sobre la regulación del trabajo agrícola y su evolución en el Derecho español, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La regulación legal del trabajo asalariado en la agricultura», *RTSS (CEF)*, núm. 116, 1992, pp. 44 y ss.; y «La regulación del trabajo agrícola en el proceso de emergencia, formación y desarrollo del Derecho Español del Trabajo», *REDT*, núm. 54, 1992, pp. 521 y ss.

(73) CABRERA BAZÁN, J.: «El trabajador autónomo y el Derecho del Trabajo», en AA. VV.: *Homenaje al profesor Giménez Fernández*, vol. II, Sevilla, 1967, p. 558.

(74) CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Madrid, 1995, p. 356.

(75) Esta «laboralidad» ha sido apoyada, incluso, por alguna doctrina civilista. Así, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II. *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 8.ª ed. revisada y puesta al día, Madrid, 1999, p. 471.

(76) GARCÍA ABELLÁN, J.: «El contrato de aparcería laboral agraria», *REDT*, núm. 20, 1984, p. 515.

régimen jurídico de la aparcería incorporan especialidades a esta relación característica de ámbito agrícola⁽⁷⁷⁾. Es más, no cabe siquiera afirmar tajantemente que los aparceros trabajen siempre por cuenta y bajo la dependencia del cedente, pareciendo constituir una relación situada a medio camino⁽⁷⁸⁾ entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena⁽⁷⁹⁾.

Para evitar que la aparcería constituya una forma legal que encubra una relación laboral sin sujetarla a la normativa de este orden, se establece una presunción *iuris tantum* de que la misma no comprende un vínculo de tal categoría, aun cuando en caso de haberse pactado expresamente tal relación se aplicará además la legislación correspondiente. Sin embargo, en contra de aquélla, el artículo 108 de la LAR viene a sentar, en realidad, presunciones *iuris et de iure* sobre su existencia en ciertos casos⁽⁸⁰⁾.

Si es posible aludir a una laborización de esta figura será por el régimen de tutela jurídica aplicable a estas situaciones, dando origen a un estatuto mixto, civil y laboral, orientado a garantizar a los aparceros una protección cualificada de acuerdo a sus especiales condiciones socio-profesionales.

Cuando la laboralidad del vínculo haya sido pactada, las disposiciones del ordenamiento social serán las aplicables; sin embargo, si la condición del aparcerero no es la mencionada, habrá de regularse por las normas civiles; excepción hecha del supuesto de simulación efectuado a través de esta figura con objeto de evitar su calificación como lo que realmente es: un contrato de trabajo.

3. CONTRATO DE MANDATO

El criterio distintivo vendrá dado en este caso, especialmente, por la ausencia de dependencia jurídica, dado que la sumisión del mandatario a las instrucciones del

(77) GÓMEZ LAPLAZA, M.^ª C.: *La aparcería agrícola en la Ley de arrendamientos rústicos*, Madrid, 1988, pp. 237 y 248-250, admitiendo el carácter laboral a determinados supuestos de aparcería; restringiendo, empero, la aplicación de las normas laborales y negando, en general, la competencia de la jurisdicción social.

(78) En cualquier caso, desde el punto de vista laboral, puede suscitar un doble interés: «la necesidad de deslindarlo claramente del contrato de trabajo para evitar simulaciones fraudulentas y de plantearse, una vez más, la oportunidad y las técnicas de extensión del ámbito de la legislación laboral a zonas limítrofes», PERALTA DE LA CÁMARA, J.L.: «Sobre la difícil aplicación de la legislación laboral a la aparcería en la Ley de Arrendamientos Rústicos», en AA. VV. (Cruz Villalón, J.M., dir.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid, 1999, p. 356.

(79) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Aparcería agrícola y poder de dirección en el contexto de las relaciones laborales», *AL*, núm. 21, 1991, p. 274.

(80) En primer lugar, cuando el aparcerero aporte exclusivamente su trabajo personal, debiendo garantizarle el salario mínimo correspondiente al tiempo de su actividad que dedique al cultivo de las fincas objeto de la aparcería y debiendo cumplir en general lo dispuesto en la legislación laboral y de Seguridad Social. En segundo término, cuando lo que corresponda aportar al aparcerero, además de su trabajo, sea inferior al diez por ciento del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit., p. 471.

mandante no presenta unas «connotaciones de subordinación» como aquellas a las cuales está sometido el empleado dependiente. El mandatario tiene poder, aunque limitado; «su “trabajo” no es dirigido, sino que es el director de su trabajo»⁽⁸¹⁾.

No es ésta la única distinción, pero sí la más destacada a nivel práctico. Desde un punto de vista rigurosamente teórico también los diferencian el carácter gratuito del mandato⁽⁸²⁾, contrario a la naturaleza típicamente onerosa del contrato de trabajo⁽⁸³⁾ («frente a una presunción de gratuidad, legalmente establecida en el contrato de mandato, se opone la remuneración u onerosidad del contrato de trabajo como elemento esencial de éste»)⁽⁸⁴⁾; el de *intuitu personae* propio de la relación laboral⁽⁸⁵⁾ o las fuertes limitaciones del empresario para extinguir la relación de trabajo, en contraposición a la facultad de rescisión unilateral incondicionada del mandante contemplada por la figura civil.

En definitiva, y una vez establecida tan clara distinción, no cabrá aplicar la legislación social una figura que no responde a los caracteres de la relación laboral⁽⁸⁶⁾. Eso sí, la desigualdad no será tal cuando el vínculo civil haya sido suscrito para ocultar su verdadera naturaleza, y el empleado en realidad desarrolle sus funciones bajo la forma y caracteres establecidos en el ordenamiento social para los contratos por él regulados. De nuevo aquí la corrección general sobre la normativa aplicable exigirá estar y pasar por la aplicación de lo previsto para los vínculos jurídicos laborales, con los derechos y obligaciones a ellos inherentes.

4. CONTRATO DE AGENCIA

Este contrato posee naturaleza mercantil, tal y como queda recogido en la Exposición de Motivos y en el artículo 3.2 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, para la incorporación al Derecho español del contenido de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.

Sin embargo, la nueva norma explícitamente desposeyó de «su eficacia distintiva a criterios que, a primera vista, disfrutaban de preferencia en la interpretación judicial, y se ha traído a primer plano un concepto multiforme y siempre polémico

(81) DIÉGUEZ CUERVO, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 4.^a ed., Madrid, 1995, pp. 38-39.

(82) Sobre la cuestión, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La contratación laboral de servicios profesionales*, Santiago de Compostela, 1988, pp. 37-43.

(83) ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.M.: *Derecho Obrero*, Madrid, 1933, p. 36; GARCÍA OVIEDO, C.: *Tratado elemental de Derecho Social*, cit., p. 111; o PÉREZ LEÑERO, J.: *Teoría general del Derecho español del Trabajo*, Madrid, 1948, p. 234.

(84) MARTÍN BLANCO, J.: *El contrato...*, cit., p. 55.

(85) No encaja con la posibilidad de nombrar sustituto, recogida a favor del mandatario en el artículo 1721 del CC, STS 19 de mayo de 1987 (Ar. 3733).

(86) SSTS 19 de mayo de 1987 (Ar. 3733), 23 de octubre de 1989 (Ar. 7310) o 16 de octubre de 1990 (Ar. 7690), en las cuales se establece claramente las diferencias entre ambas figuras, remitiendo al orden jurisdiccional competente en cada caso.

como el de dependencia como rasgo integrante del tipo estructural abierto de contrato de trabajo»⁽⁸⁷⁾. De tal manera, y a pesar de prever la Ley su carácter mercantil, esta figura puede generar confusiones⁽⁸⁸⁾, debiendo partir la distinción, una vez más, de la nota de dependencia⁽⁸⁹⁾, por un lado; de la falta del *intuitu personae*, por otro, habida cuenta el agente puede asumir o no asumir el riesgo de la operación, gozando en cualquier caso de independencia funcional en su actuación⁽⁹⁰⁾.

A pesar de los conflictos que puede provocar la distinción, su identificación como categoría propia lo aleja del vínculo laboral y de la sujeción a sus normas⁽⁹¹⁾. Sin embargo, el intento de deslaborizar una relación mediante el uso de este instituto jurídico a través de la simulación, provocará su nulidad y calificación como contrato de trabajo sujeto —lógicamente— a la rama social del ordenamiento.

5. CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA

En virtud del artículo 1544 del CC, una de las partes se obliga a ejecutar para la otra una obra por un precio cierto⁽⁹²⁾. Esta figura se divide en dos modalidades: contrato de empresa o contrata y arrendamiento de obra.

En la contrata, la obra es llevada a cabo por una organización empresarial con trabajadores propios. En el de obra, el contratista la realiza personalmente. Sólo el segundo plantea problemas de afinidad con el contrato de trabajo, pues, aun cuando en ambos la causa sea cambiaria, no coinciden, empero, ni el objeto de las prestaciones intercambiadas, ni sus presupuestos sustantivos⁽⁹³⁾.

(87) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^ª F.: «El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo», en AA. VV. (Cruz Villalón, J., dir.): *Trabajo subordinado y el trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Madrid, 1999, p. 159.

(88) Sobre la cuestión, GARCÍA PIQUERAS, M.: «Reflexiones sobre el contrato de los agentes de seguros privados. En la umbría de las zonas grises», *TL*, núm. 30, 1994, pp. 98 y ss.

(89) ALONSO BRAVO, M.: «El contrato de agencia: ¿una vía de exclusión de los representantes mercantiles del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo?», en AA. VV. (Dueñas Herrero, L.J., dir.): *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales*, Valladolid, 1999, p. 393 o CÁMARA BOTIA, A.: «Contrato de trabajo y agencia mercantil: ¿modificación de las fronteras del contrato de trabajo?», *REDT*, núm. 77, 1996, pp. 449 y ss.

(90) STS 2 de julio de 1996 (Ar. 5631). En este sentido, ORTEGA PRIETO, E.: *Representantes de comercio y agentes comerciales. Su situación jurídica, mercantil o laboral*, Bilbao, 1995, pp. 45 y ss.

(91) Al respecto, STS de 2 julio de 1996 (Ar. 5631), remitiendo al órgano competente del orden civil para conocer de cualquier pretensión al respecto.

(92) Sobre esta figura jurídica, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La contratación laboral de servicios profesionales*, Santiago de Compostela, 1988, pp. 43-50.

(93) En el contrato de trabajo, el objeto es la propia actividad «con independencia del resultado producido por la misma», y en la *locatio conductio operis* descansa «sobre la nota del resultado, independientemente de la actividad necesaria para llegar a éste», ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 4.^ª ed., Barcelona, 1973, p. 67.

El vínculo laboral supone un intercambio de actividad personal por salario; el de obra, un resultado previamente pactado por un precio cierto, no reuniendo, además, los caracteres de la ajenidad y la dependencia en sentido jurídico laboral. Este último rasgo acaba siendo de gran interés «en la delimitación del contrato de trabajo laboral frente al arrendamiento de obras o servicios»⁽⁹⁴⁾, aunque no siempre resulta ser válido para distinguir ambos institutos jurídicos cuando, por otra parte, cabe detectar «la imposibilidad de ejercitar los tradicionales poderes directivos y de conformación»⁽⁹⁵⁾.

El mayor problema de calificación y distinción surge si la remuneración del trabajador es a destajo, obligando a diferenciar cuándo se trata de verdadero operario y cuándo de empresario o contratista, pues al «no estimar la cantidad de tiempo invertido en la realización del trabajo, parece dibujar un verdadero contrato de ejecución de obra»⁽⁹⁶⁾. Así, los criterios de dependencia y retribución serán el único parámetro de referencia. En primer término, la incorporación del empleado retribuido a destajo al círculo rector, organicista y disciplinario de la empresa frente al ejecutor de obra como director de su propio trabajo será el criterio utilizado por la doctrina para discernir cuándo existe un verdadero contrato de trabajo. En segundo lugar, en la ejecución de obra el precio aparece siempre ajustado a un tanto alzado como contraprestación (en función de su valor) a un resultado final, mientras en el destajo adquiere trascendencia la cantidad de trabajo sin referencia a un precio global para garantizar un salario mínimo⁽⁹⁷⁾.

La valoración en conjunto de todas las notas apuntadas, en especial la remuneración, proporcionarán la clave para distinguir ambas figuras, habida cuenta no habrá contrato de trabajo si el ejecutor busca la obtención de un lucro o ganancia especial superior a la que obtendría por la compensación normal del esfuerzo productivo por cuenta ajena. Cabe rechazar, por tanto, el recurso a la disciplina laboral ante la presencia de este instituto jurídico; pero sí quedará sujeto a aquella cuando la ejecución de obra haya sido pactada con evidente intención de obviar la aplicación de las normas laborales⁽⁹⁸⁾, sometiendo la relación de trabajo a un régimen más flexible y menos oneroso para el empresario.

(94) SOLE RESINA, J.: *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997, pp. 23-24.

(95) FANFANI, P.: «Autonomia e subordinazione: la prestazioni di lavoro nel settore sanitario», *Il Diritto del Lavoro*, núm. 1, 1988, p. 54.

(96) BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del trabajo*, vol. I, cit., p. 322.

(97) DIÉGUEZ CUERVO, G.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, cit., pp. 35-40.

(98) En este sentido, y por todas, calificando como laboral el vínculo existente por cumplir todos los caracteres propios de un contrato de trabajo, aun cuando el pactado por las partes era de ejecución de obra, STCT 15 de noviembre de 1977 (*Ar.* 5572).

6. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Se presenta como la figura más difícil de deslindar⁽⁹⁹⁾ (una de sus principales fronteras litigiosas)⁽¹⁰⁰⁾, dada su doble posición respecto al contrato de trabajo, del que es, a un tiempo, antecedente histórico y contrafigura⁽¹⁰¹⁾. Así, en virtud de tal circunstancia, resultará frecuentemente utilizado para evitar la calificación laboral del vínculo.

Cabe recordar, en este sentido, cómo «la independización del contrato laboral y, con éste, de aquellas instituciones que la presuponen y sirven para desarrollarlo, se da desde el momento mismo en que es hallada la nota de subordinación o dependencia para diferenciar el contrato de trabajo del contrato de arrendamiento de servicios». Por otra parte, la inclusión en un cierto momento del contrato laboral en el articulado del Código Civil⁽¹⁰²⁾ —artículos 1583-1587—, dificulta aún más la tarea de separación debido a la falta de «diferencia alguna de partida»⁽¹⁰³⁾. Las fronteras entre ambas instituciones son borrosas y difíciles, haciendo preciso examinar y valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y debiendo tener presente en todo momento, además, el carácter expansivo de la relación laboral⁽¹⁰⁴⁾ contemplado en el artículo 8.1 del ET⁽¹⁰⁵⁾, con el fin de que las causas esenciales para acudir al ordenamiento social como regulador y protector de la relación laboral no sean burladas.

(99) Sobre su régimen jurídico, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La contratación laboral de servicios profesionales*, cit., pp. 34-37.

(100) TRIGO GARCÍA, M.^ª B.: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, 1999, p. 157.

(101) MARTÍN VALVERDE, A.: «El discreto retorno al arrendamiento de servicios», en AA. VV.: *Cuestiones actuales de Derecho...*, cit., p. 214.

(102) En cinco «exiguos y, ya entonces, insuficientes preceptos», MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos del Derecho del Trabajo: formación histórica, ámbito de aplicación, concepto*, Madrid, 1975, p. 251.

(103) MOLERO MANGLANO, C.: «La configuración del contrato de trabajo», en MOLERO MANGLANO, C., et al.: *Estructura del contrato de trabajo (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción)*, Madrid, 1997, p. 24.

(104) SSTs 26 de febrero y 26 de junio de 1986 (Ar. 834 y 3741), o SSTs, Contencioso-Administrativo, 13 de enero y 3 de marzo de 1997 (Ar. 384 y 1623). En la doctrina, LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras...*, cit., p. 36.

(105) Para algunas sentencias este precepto complementa al artículo 1.1 del ET con objeto de fijar la extensión subjetiva del contrato de trabajo. Así, STS 16 de julio de 1984 (Ar. 4174). Para otros autores, por el contrario, el artículo 8.1 cierra el paso a la posibilidad judicial de presumir la existencia del contrato de trabajo. En este sentido, entre otros, RIVERO LAMAS, J. y GARCÍA BLASCO, J.: «Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo (La sentencia del TS de 26 de febrero de 1986 sobre “mensajeros”）」, *RL*, tomo II, 1987, p. 532, o LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo...*, cit., p. 277.

La diferencia entre el arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo es, pues, extremadamente compleja, hasta el punto de haber llegado a aludir a «dos regímenes jurídicos para una misma realidad o substrato social»⁽¹⁰⁶⁾.

El contrato de arrendamiento de servicios resulta de aplicación exclusivamente a prestaciones de servicios carentes de las notas de ajenidad y dependencia⁽¹⁰⁷⁾ características de la relación laboral y, por tanto, no cabrá sujetar tal vínculo a la regulación social. Sin embargo, cuando éste haya sido simulado será aquel orden el aplicable, habida cuenta la naturaleza jurídica «viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan»⁽¹⁰⁸⁾. La calificación como arrendamiento de servicios carecerá de trascendencia si el propósito fue sustraerlo del ámbito del Derecho del Trabajo.

La cuestión, empero, continúa siendo ardua en extremo, pues «se toma como módulo divisor el concepto de dependencia o subordinación precisamente en el momento en que su contenido es menos preciso»⁽¹⁰⁹⁾.

IV. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO A LAS NUEVAS REALIDADES

Resulta evidente, en definitiva, que la disciplina laboral «tendrá que adaptarse para sobrevivir»⁽¹¹⁰⁾; sin renunciar a sus principios básicos y fundamentales, debe encarar nuevos retos y enfrentarse a nuevas realidades⁽¹¹¹⁾. La internacionalización

(106) STS 9 de febrero de 1990 (Ar. 886).

(107) ALONSO GARCÍA, M.: *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1958, p. 161.

(108) STS 20 de julio de 1999 (Ar. 6839), en la cual se destaca cómo la calificación como arrendamiento de servicios suele venir impuesta por una de las partes.

(109) GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos*, Granada, 1999, p. 15.

(110) DURÁN LÓPEZ, F.: «Globalización y relaciones de trabajo», *REDT*, núm. 92, 1998, p. 874, quien además descarta la existencia de razones «para pensar seriamente que pueda producirse su “reabsorción” por el Derecho Civil, ni que puedan darse las condiciones para que las relaciones laborales (de dependencia entre empresario y trabajador) puedan ser sustituidas por relaciones mercantiles entre “empresarios independientes”, reguladas por tanto por las técnicas más modernas del Derecho Mercantil».

Sin embargo, no es posible dejar de tener presente que el Derecho del Trabajo ha evolucionado y las circunstancias han cambiado, motivo por el cual «nunca volverá a ser el del pasado, y no cabe atrincherarse a la espera del retorno de los esquemas confortadores ya conocidos. Estos esquemas ya no volverán a tener virtualidad y la ordenación jurídica de las relaciones laborales y del mercado de trabajo deberán hacer frente a nuevos desafíos», DURÁN LÓPEZ, F.: «El futuro del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 78, 1996, p. 609.

(111) El Derecho del Trabajo, a raíz de los cambios económicos y sociales que tuvieron lugar en los períodos difíciles de las dos décadas anteriores, se enfrenta a «una situación de inseguridad casi permanente en el mundo laboral, a una menor estabilidad en el empleo y a unas vidas laborales de las personas que en gran medida ya no se basan en la idea de un trabajo estable en una sola empresa para toda la vida», ROJO TORRECILLA, E.: «Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 18, 1997, p. 21.

de la Economía y la continuidad de las normas laborales dentro del ámbito nacional, constituye uno de esos grandes desafíos a los cuales hacer frente, habida cuenta supone unas innegables limitaciones para los Gobiernos en el momento de crear y poner en funcionamiento una política social.

Esta renovación debe asentarse sobre una noción lo más amplia posible del trabajo, atendiendo «a las transformaciones de estatuto jurídico y a los períodos entre actividad e inactividad que se suceden en un mundo en el que la estabilidad choca con las exigencias de continuidad en el empleo en que se basa el disfrute de los derechos laborales y la obtención de los derechos de Seguridad Social en los actuales ordenamientos laborales europeos». El ordenamiento social debe garantizar la continuidad del «estado profesional» y atender igualmente al trabajo no profesional ⁽¹¹²⁾.

Sin embargo, y frente a todas las coyunturas a las cuales deba hacer frente, mientras el empleo y la situación de dependencia puedan seguir disfrutando del carácter complementario que en múltiples ocasiones los caracteriza, el Derecho del Trabajo seguirá siendo, con todas las renovaciones, avances y evoluciones que la sociedad requiera —punto esencial en la existencia pasada y futura de la materia—, su elemento básico y fundamental de regulación. No puede haber la menor duda acerca de que cualquier pretendida alteración en los límites de una relación laboral deberá ser incluida en el marco protector del ordenamiento social ⁽¹¹³⁾ desde el momento en el cual una persona preste sus servicios a otra en el ámbito de su poder de dirección y organización.

(112) Ese Derecho del Trabajo «prestaría continuidad jurídica y económica a la discontinuidad del empleo gracias al juego de los derechos profesionales, ante esa inestabilidad que proviene de los cambios productivos, tecnológicos y económicos conocidos y desarrolla (o puede desarrollar) nuevas formas de libertad de trabajo», CASAS BAAMONDE, M.^º E.: «Prólogo», en AA. VV. (Supiot, A., coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia, 1999, pp. 19-20.

(113) Tomando esta dirección, es posible que «la clave del Derecho del Trabajo del futuro siga, como en el pasado, anclada en la continua reelaboración de los conceptos de subordinación y dependencia», GALIANA MORENO, J.M.: «Crisis del contrato...», cit., p. 65.